Günther Jakobs
Manuel Cancio Meliá

Derecho penal del enemigo



Günther Jakobs
Catedrático emérito
de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
en la Universidad de Bonn

Manuel Cancio Meliá
Profesor titular
de Derecho Penal
en la Universidad Autónoma de Madrid

Derecho Penal del enemigo



Primera edición, 2003



Civitas Ediciones, S. L.
Bárbara de Braganza, 10. 28004 Madrid (España)
ISBN: 84-470-2063-0
Depósito legal: M-39.602-2003
Compuesto en Printing'94
Printed in Spain. Impreso en España
por Printing'94. Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

ÍNDICE

* Título alemán: «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
BGBl	*Bundesgesetzblatt*, Boletín Legislativo Federal de la República Federal de Alemania
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
CP	Código penal
ed.	edición, a cargo de la edición, editorial
EGGVG	*Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Ley introductoria de la Ley de organización de los órganos judiciales

GA	*Goltdammer's Archiv für Strafrecht*
IRPL/RIDP	*International Review for Penal Law/Révue Internationale de Droit Pénal*
JpD	Revista Jueces para la Democracia. Información y debate
LK	*StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11.ª edición, Berlin-New York, 1994
PyE	Pena y Estado
RDPCr	Revista de Derecho penal y crimonología
RDPP	Revista Derecho y Proceso Penal
RECPC	Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RStGB	*Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, Código penal del *Reich* alemán
s.f.	sin fecha
StGB	*Strafgesetzbuch*, Código penal alemán
StPO	*Strafprozeßordnung*, Código procesal penal alemán
StV	*Strafverteidiger*
ZStW	*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*

PRÓLOGO

I

De acuerdo con una cómoda ilusión, todos los seres humanos se hallan vinculados entre sí por medio del Derecho en cuanto personas. Esta suposición es cómoda porque exime de la necesidad de empezar por comprobar en qué casos se trata en realidad de una relación jurídica y en cuáles otros de una situación ajurídica; en cierto modo, como jurista nunca se corre el riesgo de topar con sus límites. Es ilusoria porque un vínculo jurídico, si se pretende que concurra no sólo conceptualmente, sino en realidad, ha de conformar la configuración social; no basta con el mero postulado de que tal conformación debe ser. Cuando un esquema normativo, por muy justifi-

cado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social. Dicho con un ejemplo: mucho antes de la llamada liberalización de las distintas regulaciones respecto del aborto, estas rígidas prohibiciones ya no eran verdadero Derecho (y ello con total independencia de qué se piense acerca de su posible justificación).

Idéntica a la situación respecto del Derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, de la persona: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal —determinado por derechos y deberes—, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo. De nuevo, dicho con un ejemplo: a quien persistentemente delinque una y otra vez, siendo sus delitos más que bagatelas, se le impide, en cuanto a un individuo peligroso (aparte de la imposición de la pena), cometer ulteriores hechos, concretamente, a través de la custodia de seguridad. Hablando en términos kantianos: hay que separarse de quien no admite ser incluido bajo una constitución civil.

Respecto de este diagnóstico, sometido a discusión desde hace algunos años, existen diversas tomas de posición (mencionadas en la contribu-

ción de CANCIO MELIÁ a esta publicación), rara vez afirmativas, en la mayoría de las ocasiones críticas, llegando a la posición, soprendente en el ámbito de la ciencia, de que el diagnóstico da miedo y que su formulación es indecorosa: ciertamente, el mundo puede dar miedo, y de acuerdo con una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia por lo indecoroso de su mensaje. Ninguna palabra más sobre esto.

Bastantes ideas del pequeño estudio que ahora presento han sido llevadas y traídas muchas veces en numerosas conversaciones con mi colega Manuel CANCIO MELIÁ, concretamente, durante su estancia en Bonn como becario de la fundación Alexander von Humboldt. De este modo, la fundación de nuevo ha demostrado su capacidad de generar con *una* beca beneficios en varias direcciones. Nuestras posiciones difieren de manera considerable, aunque no tanto en el diagnóstico como en lo que se refiere a las consecuencias que cabe esperar o que incluso deben postularse. Es precisamente por estas tensiones que se produce una publicación conjunta, debiendo agradecer por mi parte a CANCIO MELIÁ la traducción de mi texto y a la editorial Civitas su disposición para asumir esta nueva publicación.

Bonn, junio de 2003

GÜNTHER JAKOBS

II

Como escribe JAKOBS (*supra* I), las diferencias entre su visión del problema y la mía no se refieren tanto a la constatación de la realidad del fenómeno, sino están sobre todo en qué es lo que significa el diagnóstico realizado. De hecho, como puede observarse, aquí se parte del planteamiento de JAKOBS respecto del concepto de Derecho penal del enemigo y se sitúa la cuestión en el marco más amplio de la teoría de la pena, precisamente desde la teoría de la prevención general positiva. Y se encuentra un gran potencial crítico en la construcción propuesta por JAKOBS: desde el punto de vista aquí adoptado se constata —al igual que otros han hecho, si bien desde otras perspectivas— que aquello que pueda denominarse «Derecho penal del enemigo» no puede ser «Derecho». Dicho de otro modo: es algo distinto de lo que habitualmente se llama «Derecho penal» en nuestros sistemas jurídico-políticos. Y éste no es un fenómeno cualquiera, una oscilación político-criminal habitual. Al contrario, realizar este diagnóstico significa al mismo tiempo reclamar, aunque sea en otro plano metodológico, que las medidas represivas que contienen esos sectores de regulación de «Derecho penal» del enemigo sean trasladadas al sector que en Derecho corresponde, y con ello, también al ámbito de discusión política correcto: a las

medidas en estado de excepción. En este caso, llamar las cosas por su nombre tiene importancia. Si son demasiadas las medidas de represión que usurpan un lugar a la sombra del rótulo «Derecho penal» (un rótulo legitimante, a pesar de los pesares, en nuestros sistemas jurídico-políticos), puede producirse un cambio estructural en el que algo nuevo (no: mejor) sustituya al actual sistema normativo del Derecho penal. Sobre todo porque a diferencia del discurso que parece predominar en los EE.UU. —en el que se reconoce abiertamente que se trata de una «guerra» en la que no importa ni siquiera la apariencia jurídica—, en la *vieja* Europa (y en España) los agentes políticos que impulsan estas medidas lo hacen bajo el estandarte de una pretendida y total «normalidad constitucional», incrementando así aún más los riesgos que por contagio se ciernen sobre el Derecho penal en su conjunto.

Debo agradecer la oportunidad de presentar algunas reflexiones sobre el problema, en primer lugar, de nuevo a la editorial Civitas y a la amable mediación del profesor Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO. En segundo lugar debo mi gratitud a la fundación Alexander von Humboldt, que hizo posible mediante una beca de investigación una estancia en la Universidad de Bonn en el semestre de verano de 2002, en la que surgió el diálogo que ahora se presenta en forma de libro. También he

de agradecer el valioso apoyo de quienes han leído diversas versiones de este texto, ayudándome en su redacción con sus valoraciones: el profesor Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, los demás integrantes del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), el Privatdozent Dr. Bernd MUSSIG, de la Universidad de Bonn, y mis compañeros del Grupo de Estudios Críticos/la undécima tesis en Madrid. Pero sobre todo, como es evidente, estoy muy agradecido al profesor Günther JAKOBS por su propuesta de llevar a cabo esta pequeña publicación conjunta *precisamente* porque no coincidían nuestros puntos de vista. En la década que ya ha transcurrido desde que le conocí siendo estudiante, JAKOBS ha seguido confirmándome de muchas maneras que no me equivoqué al tomarle como punto de referencia para lo que debe ser el trabajo en la Universidad.

Madrid, junio de 2003

MANUEL CANCIO MELIÁ

DERECHO PENAL DEL CIUDADANO Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO *

Günther Jakobs

* Título alemán: «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

I. INTRODUCCIÓN: LA PENA COMO CONTRADICCIÓN O COMO ASEGURAMIENTO

Cuando en el presente texto se hace referencia al Derecho penal del ciudadano y al Derecho penal del enemigo, ello en el sentido de dos tipos ideales que díficilmente aparecerán llevados a la realidad de modo puro: aun en el enjuiciamiento de un hecho delictivo cotidiano que provoca poco más que tedio —Derecho penal del ciudadano— se mezclará al menos una leve defensa frente a riesgos futuros —Derecho penal del enemigo—, e incluso el terrorista más alejado de la esfera ciudadana es tratado al menos formalmente como per-

sona, al concedérsele en el proceso penal[1] los derechos de un acusado ciudadano. Por consiguiente, no puede tratarse de contraponer dos esferas aisladas del Derecho penal, sino de describir dos polos de *un solo* mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en *un solo* contexto jurídico-penal. Tal descripción revela que es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros. Quede esto dicho como primera consideración.

En segundo lugar debe acotarse con carácter previo que la denominación «Derecho penal del enemigo» *no en todo caso* pretende ser *peyorativa.* Ciertamente, un Derecho penal *del enemigo* es indicativo de una pacificación insuficiente; sin embargo, ésta no necesariamente debe achacarse siempre a los pacificadores, sino puede que también a los rebeldes. Además, un *Derecho* penal del enemigo al menos implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva. Hechas estas reflexiones previas, comenzaré con la parte intermedia de los conceptos, con la *pena.*

---

[1] En lo fundamental; respecto de la incomunicación cfr. *infra* IV.

La pena es coacción; es coacción —que aquí sólo será abordada de manera sectorial— de diversas clases, mezcladas en íntima combinación. En primer lugar, está la coacción en cuanto portadora de un significado, portadora de la respuesta al hecho: el hecho, como hecho de una persona *racional, significa algo, significa una desautorización* de la norma, un ataque a su vigencia, y la pena también significa algo, significa que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose, por lo tanto, la configuración de la sociedad. En esta medida, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica[2], y el autor es tomado en serio en cuanto persona; pues si fuera incompetente, no sería necesario contradecir su hecho.

Sin embargo, la pena no sólo significa algo, sino que también produce físicamente algo: así, por ejemplo, el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad. Cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este

---

[2] Cfr. al respecto JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2.ª edición, 1999, págs. 98 y ss.

efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso. Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (§ 61 núm. 3, § 66 StGB): en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige —y sobre todo— hacia delante, al futuro, en el que una «tendencia a [cometer] hechos delictivos de considerable gravedad» podría tener efectos «peligrosos» para la generalidad (§ 66, párr. 1.º, núm. 3 StGB). Por lo tanto, en lugar de una persona que de por sí es competente y a la que se contradice a través de la pena aparece el individuo[3] peligroso, contra el cual se procede —en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena— de modo físicamente efectivo: lucha contra un peligro en lugar de comunicación, Derecho penal del enemigo (en este contexto, Derecho penal al menos en un sentido amplio: la medida de seguridad tiene como presupuesto la comisión de un delito) en vez de Derecho penal

[3] Respecto de los conceptos «individuo» y «persona» *vid.* JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft* (nota 2), págs. 9 y ss., 29 y ss.

del ciudadano, y la voz «Derecho» significa en ambos conceptos algo claramente diferente, como habrá de mostrarse más adelante.

Lo que cabe encontrar en la discusión científica de la actualidad[4] respecto de este problema es poco, con tendencia a nada. Y es que no cabe esperar nada de aquellos que buscan razón *en todas partes*, asegurándose a sí mismos tenerla *directamente* y proclamándola siempre en tono altivo, en lugar de imponerse la labor de configurar su subjetividad examinando aquello que es y puede ser. Sin embargo, la filosofía de la Edad Moderna enseña lo suficiente como para por lo menos estar en condiciones de abordar el problema.

II. ALGUNOS ESBOZOS IUSFILOSÓFICOS

Se denomina «Derecho» al vínculo entre personas que son a su vez titulares de derechos y deberes, mientras que la relación con un enemigo no se

---

[4] La cuestión aparece primero en JAKOBS, ZStW, 97 (1985), págs. 751 y ss., 783 y ss.; *idem*, en: ESER *et al.* (ed.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, págs. 47 y ss., 51 y ss.; al respecto SCHULZ, ZStW, 112 (2000), págs. 653 y ss., 659 y ss.; en contra ESER, *loc. cit. (Die Deutsche Strafrechtswissenschaft)*, págs. 437 y ss., 444 y ss.; SCHÜNEMANN, GA 2001, págs. 205 y ss., 210 y ss.

determina por el Derecho, sino por la coacción. Ahora bien, todo Derecho se halla vinculado a la autorización para emplear coacción[5], y la coacción más intensa es la del Derecho penal. En consecuencia, se podría argumentar que cualquier pena, o, incluso, ya cualquier legítima defensa se dirige contra un enemigo. Tal argumentación en absoluto es nueva, sino que cuenta con destacados precursores filosóficos.

Son especialmente aquellos autores que fundamentan el Estado de modo estricto mediante un contrato los que representan el delito en el sentido de que el delincuente infringe el contrato, de manera que ya no participa de los beneficios de éste: a partir de ese momento, ya no vive con los demás dentro de una relación jurídica. En correspondencia con ello, afirma ROUSSEAU[6] que cualquier «malhechor» que ataque el «derecho social» deja de ser «miembro» del Estado, puesto que se halla en guerra con éste, como demuestra la pena pronunciada en contra del malhechor. La consecuencia reza así: «al culpable se le hace morir más

---

[5] KANT, *Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, en: *Kant's Werke*, Akademie-Ausgabe, tomo 6, 1907, págs. 203 y ss., 231 (Einleitung in die Rechtslehre, § D).

[6] ROUSSEAU, *Staat und Gesellschaft. «Contrat social»*, traducido y comentado por WEIGEND, 1959, pág. 33 (libro segundo, capítulo V).

como enemigo que como ciudadano». De modo similar argumenta FICHTE: «quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos»[7]. FICHTE atenúa tal muerte civil[8] por regla general mediante la construcción de un contrato de penitencia[9], pero no en el caso del «asesinato intencionado y premeditado»: en este ámbito, se mantiene la privación de derechos: «... al condenado se le declara una cosa, una pieza de ganado»[10]. Con férrea coherencia FICHTE prosigue afirmando que a falta de personalidad, la ejecución del criminal «no [es una] pena, sino sólo instrumento de seguridad»[11]. No procede entrar en detalles; pues ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el *sta-*

---

7 FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre,* en: Sämtliche Werke, ed. a cargo de J. H. FICHTE, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts- und Sittenlehre, tomo primero, s.f., pág. 260.

8 Como en nota 7.

9 *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), págs. 260 y ss. Dicho sea de paso: ¿un contrato con un sujeto expulsado de la sociedad civil, con alguien sin derechos?

10 *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), págs. 278 y ss.

11 *Grundlage des Naturrechts* (nota 7), pág. 280.

tus de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder.

No quiero seguir la concepción de ROUSSEAU y de FICHTE; pues en su separación radical entre el ciudadano y su Derecho, por un lado, y el injusto del enemigo, por otro, es demasiado abstracta. En principio, un ordenamiento jurídico debe mantener dentro del Derecho también al criminal, y ello por una doble razón: por un lado, el delincuente tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad, y para ello debe mantener su *status* como persona, como ciudadano, en todo caso: su situación dentro del Derecho. Por otro, el delincuente tiene el deber de proceder a la reparación, y también los deberes tienen como presupuesto la existencia de personalidad, dicho de otro modo, el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho.

HOBBES era consciente de esta situación. Nominalmente, es (también) un teórico del contrato social, pero materialmente es más bien un filósofo de las instituciones. Su contrato de sumisión —junto al cual aparece, en igualdad de derecho (¡!) la sumisión por medio de la violencia— no debe entenderse tanto como un contrato como una metáfora de que los (futuros) ciudadanos no perturben al Estado en su proceso de autoorgani-

zación[12]. De manera plenamente coherente con ello, HOBBES en principio deja al delincuente en su rol de ciudadano[13]: el ciudadano no puede eliminar por sí mismo su *status*. Sin embargo, la situación es distinta cuando se trata de una rebelión, es decir, de alta traición: «Pues la naturaleza de este crimen está en la rescisión de la sumisión[14], lo que significa una recaída en el estado de naturaleza... Y aquellos que incurren en tal delito no son castigados en cuanto súbditos, sino como enemigos»[15].

Para ROUSSEAU y FICHTE todo delincuente es *de por sí* un enemigo, para HOBBES al menos el reo

---

[12] Cfr. también KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages*, 1994, pág. 95: «El contrato fundamental es la forma conceptual dentro de la que hay que introducir la situación política empírica para ser accesible al conocimiento científico; constituye el esquema de interpretación bajo el que deben subsumirse los procesos históricos de fundación del Estado para poder ser comprendidos políticamente». *Idem*, en: *idem* (ed.), *Thomas Hobbes. Leviathan etc.* (Klassiker Auslegen), 1996, págs. 211 y ss., 213 y ss.

[13] HOBBES, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, ed. a cargo de FETSCHER, traducción de EUCHNER, 1984, págs. 237 y ss. (capítulo 28).

[14] Sería más correcto decir: en la supresión fáctica; las instituciones no son susceptibles de rescisión.

[15] HOBBES, *Leviathan* (nota 13), pág. 242 (capítulo 28); *idem*, *Vom Bürger*, en: GAWLICK (ed.), *Hobbes. Vom Menschen. Vom Bürger*, 1959, pág. 233 (capítulo 14, párrafo 22).

de alta traición. KANT, quien hace uso del modelo contractual como idea regulativa en la fundamentación y en la limitación del poder del Estado [16], ubica el problema en el tránsito entre el estado de naturaleza (ficticio) y el estado estatal. En la construcción de KANT, toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana [17]. Inmediatamente se plantea la siguiente cuestión: ¿qué dice KANT a aquellos que no se dejan obligar? En su escrito «Sobre la paz eterna» dedica una larga nota a pie de página [18] al problema de cuándo se puede legítimamente proceder de modo hostil contra un ser humano, exponiendo lo siguiente: «Sin embargo, aquel ser humano o pueblo que se halla en un mero estado de naturaleza me priva... [de la] seguridad [necesaria], y me lesiona ya por ese estado en el que está a mi lado, si bien no de manera activa *(facto)*, sí por la ausencia de legalidad de su estado *(statu iniusto)*, que me amenaza constantemente, y

---

[16] KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, en: Werke* (nota 5), t. 8, págs. 273 y ss., 297; *vid.* al respecto KERSTING, *Philosophie* (nota 12), págs. 199 y ss.

[17] KANT, *Metaphysik der Sitten* (nota 5), págs. 255 y ss. (1. Theil, 1. Hauptstück, § 8).

[18] KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf,* en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 341 y ss., 349 (2.º apartado, nota).

le puedo obligar a que o entre conmigo en un estado comunitario-legal o abandone mi vecindad»[19]. En consecuencia, quien no participa en la vida en un «estado comunitario-legal» debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad); en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede «tratar», como anota expresamente KANT[20], «como un enemigo»[21].

Como acaba de citarse, en la posición de KANT no se trata como persona a quien «me amenaza... constantemente», quien no se deja obligar a entrar

---

[19] Al afirmarse *loc. cit.* (nota 18) que únicamente (pero al menos sí en este caso) puedo «proceder de modo hostil» contra quien «ya me haya lesionado activamente», ello se refiere a un delito en el «estado ciudadano-legal», de manera que «hostil» caracteriza a la producción de un mal conforme a la Ley penal, y no a una despersonalización.

[20] *Zum ewigen Frieden* (nota 18), pág. 349.

[21] Esta afirmación, sin embargo, es contradictoria con la posición de KANT respecto del problema de la mentira, en el que KANT no tiene suficientemente en cuenta la dependencia del contexto (scil.: reciprocidad) de la personalidad practicada: *Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen*, en: *Werke* (nota 5), t. 8, págs. 421 y ss. Sobre esta cuestión cfr. OBERER, en: GEISMANN y OBERER (ed.), *Kant und das Recht der Lüge*, 1986, págs. 7 y ss.; PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, págs. 89 y ss.; ANNEN, *Das Problem der Wahrhaftigkeit in der Philosophie der deutschen Aufklärung. Ein Beitrag zur Ethik und zum Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1997, págs. 97 y ss.

en un estado ciudadano. De manera similar, HOBBES despersonaliza al reo de alta traición; pues también éste niega por principio la constitución existente. Por consiguiente, HOBBES y KANT conocen un Derecho penal del ciudadano —contra personas que no delinquen de modo persistente, por principio— y un Derecho penal del enemigo contra quien se desvía por principio; éste excluye, aquél deja incólume el *status* de persona. El Derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al criminal; éste sigue siendo persona. Pero el Derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido. Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún: los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad[22], con base en el cual HOBBES fundamenta y limita al Estado: *finis oboedientiae est protectio*[23]. Pero en este derecho no se halla contenido en HOBBES el reo de alta traición, en

---

[22] Fundamental ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983.

[23] El fin de la obediencia es la protección; HOBBES, Leviathan (nota 13), p. 171 (capítulo 21); *idem*, *Vom Bürger* (nota 15), págs. 132 y ss. (capítulo 6, párrafo 3).

KANT quien permanentemente amenaza; se trata del derecho de los demás. *El Derecho penal del ciudadano es el Derecho de todos, el Derecho penal del enemigo el de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.* Esta coacción puede quedar limitada en un doble sentido. En primer lugar, el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos. En este sentido, el sujeto sometido a custodia de seguridad queda incólume en su papel de propietario de cosas. Y, en segundo lugar, el Estado no tiene por qué hacer todo que es libre de hacer, sino que puede contenerse, en especial, para no cerrar la puerta a un posterior acuerdo de paz. Pero esto en nada cambia el hecho de que la medida ejecutada contra el enemigo no significa nada, sino sólo coacciona. *El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo* (en sentido amplio: incluyendo el Derecho de las medidas de seguridad) *combate peligros;* con toda certeza existen múltiples formas intermedias.

III. PERSONALIDAD REAL Y PELIGROSIDAD FÁCTICA

Queda por formular una pregunta: ¿por qué llevan a cabo HOBBES y KANT la delimitación del modo que se ha descrito? Daré forma de tesis a la

respuesta: ningún contexto normativo, y también lo es el ciudadano, la persona en Derecho, es tal —rige— por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad, sólo entonces es real.

Para explicar esta tesis comenzaré con algunas consideraciones acerca de lo que significa —*sit venia verbo*— el caso normal de la secuencia de delito y pena. No existen los delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado. Nadie ha desarrollado esto con mayor claridad que HOBBES [24], quien atribuye en el estado de naturaleza a todos los seres humanos un *ius naturale* a todo, es decir, en terminología moderna, sólo un *ius* así *denominado*, respecto del cual precisamente no se halla en correspondendencia una *obligatio*, un deber del otro, sino que, por el contrario, sólo es una denominación de la libertad normativamente ilimitada, únicamente circunscrita por la violencia física de cada individuo, de hacer y dejar de hacer lo que se quiera con tal de que se pueda. Quien quiera y pueda, puede matar al otro sin causa alguna; es éste, como HOBBES constata expresamente [25], su *ius naturale*, y ello nada tiene en común con un delito, ya que en el estado de naturaleza, a falta de

---

[24] *Leviathan* (nota 13), págs. 99 y ss. (capítulo 14).

[25] *Leviathan* (nota 13), pág. 99 (capítulo 14).

un orden definido de manera vinculante no pueden quebrantarse las normas de tal orden.

Por lo tanto, los delitos sólo son posibles en una comunidad ordenada, en el Estado, del mismo modo que lo negativo sólo se puede determinar ante el trasfondo de lo positivo y viceversa. Y el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable. Para clarificar lo dicho imagínese que un sobrino mata a su tío, a quien está llamado a suceder, para acelerar la herencia. Ningún Estado sucumbe por un caso de estas características. Más aún, el hecho no se dirige contra la permanencia del Estado, y ni siquiera contra la de sus instituciones: el malvado sobrino pretende acogerse a su vez a la protección de la vida y de la propiedad dispensadas por el Estado; es decir, se comporta de modo evidente de manera autocontradictoria, dicho de otro modo, opta, como cualquiera aprecia, por un mundo insostenible, y ello no sólo en el sentido de insostenible desde el punto de vista práctico en una determinada situación, sino ya en el plano téorico: ese mundo es impensable.

Por ello, el Estado moderno ve en el autor de un hecho —de nuevo, uso esta palabra poco exacta— normal, a diferencia de lo que sucede en los teóricos estrictos del contractualismo ROUSSEAU y FICHTE, no a un enemigo al que ha de destruirse,

sino a un ciudadano, una persona que mediante su conducta a dañado la vigencia de la norma y que por ello es llamado —de modo coactivo, pero en cuanto ciudadano (y no como enemigo)— a equilibrar el daño en la vigencia de la norma. Esto sucede mostrando mediante la pena, es decir, mediante la privación de medios de desarrollo del autor, que se mantiene la expectativa defraudada por el autor, tratando ésta, por lo tanto, como válida, y a la máxima de conducta del autor como máxima que no puede ser norma[26].

Sin embargo, las cosas sólo son tan sencillas, incluso casi idílicas —el autor pronuncia su propia sentencia ya por la inconsistencia de su máxima—, cuando el autor a pesar de su hecho ofrezca garantía de que se conducirá a grandes rasgos como ciudadano, es decir, como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico. Del mismo modo que la vigencia de la norma no puede mantenerse de manera *completamente* contrafáctica, tampoco la personalidad. Intentaré explicar brevemente lo dicho, abordando primero la vigencia de la norma:

Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos

[26] Cfr. *supra* I.

de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a la norma necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real. Un ejemplo extremo: si debo contar seriamente con la posibilidad de ser lesionado, víctima de un robo o quizás incluso de un homicidio en un determinado parque, la certeza de estar en todo caso en mi derecho no me conducirá a entrar en ese parque sin necesidad. Sin una suficiente seguridad cognitiva, la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida. En el plano teórico puede rechazarse esta corroboración de lo normativo por lo fáctico aduciendo que lo que no debe ser, no debe ser aunque probablemente vaya a ser. Pero las personas no sólo quieren tener derecho, sino también salir adelante con su cuerpo, es decir, sobrevivir en cuanto individuos necesitados[27], y la confianza en lo que no debe ser sólo supone una orientación con la que es posible sobrevivir cuando no es contradicha con demasiada intensidad por el conocimiento de lo que será. Es precisamente por esto que KANT argumenta

[27] Cfr. nota 3.

que cualquiera puede obligar a cualquier otro a entrar en una constitución ciudadana[28].

Lo mismo sucede con la personalidad del autor de un hecho delictivo: tampoco ésta puede mantenerse de modo puramente contrafáctico, sin ninguna corroboración cognitiva. Si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión.

Ya se ha mencionado el ejemplo de la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad. Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así, por ejemplo, el legislador (por permanecer primero en el ámbito del Derecho material) está pasando a una legislación —denominada abiertamente

[28] Como en nota 17.

de este modo— de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica[29], del terrorismo[30], de la criminalidad organizada[31], en el caso de «delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas»[32], así como, en general, respecto de los «crímenes»[33], pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la cri-

---

[29] Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29-7-1976, BGBl I, pág. 2034; Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15-5-1986, BGBl I, pág. 721 (= respectivamente, primera y segunda Ley de lucha contra la criminalidad económica, n. del t.).

[30] Artículo 1, Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus (= Ley para la lucha contra el terrorismo, n. del t.) de 19-2-1986, BGBl I, pág. 2566.

[31] Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (= Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de drogas tóxicas y otras formas de manifestación de la criminalidad organizada, n. del t.) de 15-7-1999, BGBl I, pág. 1302.

[32] Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten (= Ley para la lucha contra los delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, n. del t.) de 26-1-1998, BGBl I, pág. 160.

[33] Verbrechensbekämpfungsgesetz (= Ley de lucha contra el delito, n. del t.) de 28-10-1994, BGBl I, pág. 3186.

minalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir, § 30 StGB) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza, de modo paralelo a la diferenciación de KANT entre estado de ciudadanía y estado de naturaleza acabada de citar, por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos. Brevemente: la reflexión del legislador es la siguiente: el otro «me lesiona ya por... [su] estado [en ausencia de legalidad] *(statu iniusto)*, que me amenaza constantemente»[34]. Una ulterior formulación: un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona. Y es que el

---

[34] KANT, como en nota 18.

estado de naturaleza es un estado de ausencia de normas, es decir, de libertad excesiva tanto como de lucha excesiva. Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación.

A quien todo esto le siga pareciendo demasiado oscuro se le puede ofrecer un esclarecimiento cual rayo mediante una referencia a los hechos del 11 de septiembre de 2001. Lo que aún se sobreentiende respecto del delincuente de carácter cotidiano, es decir, no tratarlo como individuo peligroso, sino como persona que actúa erróneamente, ya pasa a ser difícil, como se acaba de mostrar, en el caso del autor por tendencia o que está imbricado en una organización —la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma pasa a un primer plano— y finaliza en el terrorista, denominando así a quien rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden. Ahora bien, no se pretende poner en duda que también un terrorista que asesina y aborda otras empresas puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de cualquier Estado que declare que sus hechos son delitos. Los delitos siguen siendo delitos aunque se cometan con intenciones radicales y a gran escala. Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la

categoría del delito no impone al Estado una atadura —precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona— que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada. Dicho de otro modo: quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos «guerra» y «proceso penal». De nuevo, en otra formulación: quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho —control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios[35]; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.— debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada.

Por lo tanto, el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el esta-

---

35 JAKOBS, ZStW, 97 (1985), págs. 751 y ss.

dio previo y al que se le combate por su peligrosidad. Un ejemplo del primer tipo lo puede constituir el trato dado a un homicida, quien si actúa en autoría individual sólo comienza a ser punible cuando se dispone inmediatamente a realizar el tipo (§§ 22, 21 StGB), un ejemplo del segundo tipo puede ser el trato dado al cabecilla u hombre de atrás (con independencia de qué es lo que eso sea) de una asociación terrorista, al que alcanza una pena sólo levemente más reducida que la que corresponde al autor de una tentativa de homicidio [36] ya cuando funda la asociación o lleva a cabo actividades dentro de ésta (§ 129 a StGB), es decir, eventualmente años antes de un hecho previsto con mayor o menor vaguedad [37]. Materialmente cabe pensar que se trata de una custodia de seguridad anticipada que se denomina «pena».

IV. ESBOZO RESPECTO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

En el Derecho procesal penal de nuevo aparece esta polarización; es fuerte la tentación de decir: evidentemente. Aquí no es posible exponer esto

[36] De tres a quince años de pena privativa de libertad frente a una pena de cinco a quince años, §§ 30, 212, 49 StGB.

[37] Respecto de la tentativa de participación, § 30 StGB, *infra* V.

con profundidad; al menos, se intentará llevar a cabo un esbozo. El imputado, por un lado, es una persona que participa, que se suele denominar «sujeto procesal»; es esto precisamente lo que lo distingue al proceso reformado del proceso inquisitorio. Han de mencionarse, por ejemplo[38], el derecho a la tutela judicial, el derecho a solicitar la práctica de pruebas, de asistir a interrogatorios y, especialmente, a no ser ni engañado, ni coaccionado, ni sometido a determinadas tentaciones (§ 136 a StPO).

Por otra parte, frente a ese lado personal, de sujeto procesal[39], aparece en múltiples formas la desnuda coacción, sobre todo en la prisión preventiva (§§ 112, 112 a StPO); al igual que la custodia de seguridad, ésta tampoco significa nada para el imputado, sino que frente a él se agota en una coacción física. Y no porque el imputado deba asistir al proceso —también participa en el

---

[38] Cfr. una enumeración más exhaustiva en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25.ª edición, 1998, § 18.

[39] Respecto de los requisitos de un *deber* de participación como consecuencia de la personalización fundamental PAWLIK, GA 1998, págs. 378 y ss., con amplias referencias. ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (nota 38), asigna la necesidad de «soportar el desarrollo del proceso» a la coacción. Ello no resulta convincente: el proceso de por sí *es* el camino para la clarificación de la situación mediante un trato personal recíproco.

proceso una *persona* imputada, y por convicción—, sino porque es obligado a ello mediante su encarcelamiento. Esta coacción no se dirige contra la persona en Derecho —ésta ni oculta pruebas ni huye—, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida, como enemigo. La situación es idéntica respecto de cualquier coacción a una intervención, por ejemplo, a una extracción de sangre (§ 81 a StPO), así como respecto de aquellas medidas de supervisión de las que el imputado nada sabe en el momento de su ejecución porque las medidas sólo funcionan mientras el imputado no las conozca. En este sentido, hay que mencionar la intervención de las telecomunicaciones (§ 100 a StPO), otras investigaciones secretas (§ 100 c StPO) y la intervención de investigadores encubiertos (§ 110 a StPO). Al igual que en el Derecho penal del enemigo sustantivo, también en este ámbito lo que sucede es que estas medidas no tienen lugar fuera del Derecho, pero los imputados, en la medida en que se interviene en su ámbito, son excluidos de su derecho: el Estado abole derechos de modo jurídicamente ordenado.

De nuevo, al igual que en el Derecho material, las regulaciones de proceso penal del enemigo más extremas se dirigen a la eliminación de riesgos terroristas. En este contexto, puede bastar una

referencia a la incomunicación, es decir, a la eliminación de la posibilidad de entrar en contacto un preso con su defensor para la evitación de riesgos para la vida, la integridad física o la libertad de una persona (§§ 31 y ss. EGGVG). Ahora bien, éste sólo es el caso extremo regulado por el Derecho positivo. Lo que puede llegar a suceder al margen de un proceso penal ordenado es conocido en todo el mundo desde los hechos del 11 de septiembre de 2001: en un procedimiento que ya a falta de una separación del ejecutivo con toda certeza no puede denominarse un proceso propio de una Administración de justicia, pero sí, perfectamente, puede llamarse un procedimiento de guerra, aquel Estado en cuyo territorio se cometieron aquellos hechos intenta, con la ayuda de otros Estados, en cuyos territorios hasta el momento —y sólo hasta el momento— no ha sucedido nada comparable, destruir las fuentes de los terroristas y hacerse con ellos, o, mejor, matarlos directamente, asumiendo para ello también el homicidio de seres humanos inocentes, llamado daño colateral. La ambigua posición de los prisioneros —¿delincuentes? ¿prisioneros de guerra?— muestra que se trata de la persecución de delitos mediante la guerra.

V. DESCOMPOSICIÓN: ¿CIUDADANOS COMO ENEMIGOS?

Por lo tanto, el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. Ambas perspectivas tienen, en determinados ámbitos, su lugar legítimo, lo que significa al mismo tiempo que también pueden ser usadas en un lugar equivocado.

Como se ha mostrado, la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será real cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial. Ciertamente, una persona también puede ser construida contrafácticamente como persona, pero, precisamente, no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no *debe* tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas. Por lo tanto, sería completamente erróneo demonizar aquello que aquí se ha denominado Derecho penal del enemigo; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los

individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Como ya se ha indicado, KANT exige la separación de ellos, lo que no significa otra cosa que hay que protegerse frente a los enemigos[40].

Por otro lado, sin embargo, no todo delincuente es un adversario por principio del ordenamiento jurídico. Por ello, la introducción de un cúmulo —prácticamente inabarcable ya— de líneas y fragmentos de Derecho penal del enemigo en el Derecho penal general es un mal desde la perspectiva del Estado de Derecho. Intentaré ilustrar lo dicho con un ejemplo[41] relativo a la preparación del delito: el Código penal prusiando de 1851 y el Código penal del *Reich* de 1871 no conocían una punición de los actos aislados de preparación de un delito. Después de que en la «lucha cultural» *(Kulturkampf)* —una lucha del Estado por la secularización de las instituciones sociales— un extranjero (el belga Duchesne) se hubiera ofrecido frente a altas instituciones eclesiásticas extranjeras (el provincial de los jesuitas en Bélgica y el arzobispo de París) a matar al canciller del *Reich* (Bismarck) a cambio del pago de una suma considerable, se introdujo un precepto que amenazaba tales

---

[40] KANT, como en nota 18.

[41] Respecto de la historia del § 30 StGB cfr. *LK[11]*-ROXIN, n.m. 1 previo al § 30.

actos de preparación de delitos gravísimos con pena de prisión de tres meses hasta cinco años, en el caso de otros delitos, con pena de prisión de hasta dos años (§§ 49.a, 16 RStGB después de la reforma de 1876). Se trata de una regulación que —como muestra lo poco elevado de las penas— evidentemente no tomaba como punto de referencia cómo de peligroso un enemigo puede llegar a ser, sino aquello que un autor ya ha atacado hasta ese momento al realizar la conducta: la seguridad pública. En 1943 (¡!) se agravó el precepto (entre otros aspectos) vinculando la pena a la correspondiente al hecho planeado; de este modo, el delito contra la seguridad pública se convirtió en una verdadera punición de actos preparatorios, y esta modificación no ha sido revocada hasta el día de hoy. Por lo tanto, el punto de partida al que se anuda la regulación es la conducta no actuada, sino sólo planeada, es decir, no el daño en la vigencia de la norma que ha sido realizado, sino el hecho futuro[42]; dicho de otro modo, el lugar del daño actual a la vigencia de la norma es ocupado

---

[42] A pesar de que generalmente se considera que una delimitación clara de actos preparatorios y tentativa constituye un postulado de primera clase entre los propios de un Estado de Derecho, está ausente cualquier consideración crítica de la punibilidad de la preparación de delitos conforme al § 30 StGB, una punibilidad que —respecto de los delitos en caso de autoría e inducción— marginaliza casi por com-

por el peligro de daños futuros: una regulación propia del Derecho penal del enemigo. Lo que en el caso de los terroristas —adversarios por principio— puede ser adecuado, es decir, tomar como punto de referencia las dimensiones del peligro y no el daño en la vigencia de la norma ya realizado, se traslada aquí al caso de la planificación de *cualquier* delito, por ejemplo, de un simple robo. Tal Derecho penal del enemigo superfluo —la amenaza de pena desorbitada carece de toda justificación— es más dañino para el Estado de Derecho que, por ejemplo, la incomunicación antes mencionada, pues en este último caso, sólo no se trata como persona al —presunto— terrorista, en el primero, cualquier autor de un delito en sentido técnico y cualquier inductor (§§ 12, párrafo 1.º, 30 StGB), de manera que una gran parte del Derecho penal del ciudadano se entremezcla con el Derecho penal del enemigo.

VI. PERSONALIZACIÓN CONTRAFÁCTICA: ENEMIGOS COMO PERSONAS

La exposición no sería completa si no se añadiera la *siguiente reflexión: como se ha mostrado,*

pleto la relevancia del límite; de nuevo, cfr. una posición crítica al respecto en JAKOBS, ZStW, 97 (1985), pág. 752.

sólo es persona quien ofrece una garantía cognitiva suficiente de un comportamiento personal, y ello como consecuencia de la idea de que toda normatividad necesita de una cimentación cognitiva para poder ser real. Y de esta constatación tampoco queda excluido el ordenamiento jurídico en sí mismo: sólo si es impuesto realmente, al menos a grandes rasgos, tiene una vigencia más que ideal, es decir, real. En contra de esta posición se encuentra, sin embargo, en la actualidad la suposición corriente de que en todo el mundo existe un orden mínimo jurídicamente vinculante en el sentido de que no deben tolerarse las vulneraciones de derechos humanos elementales, con independencia de dónde ocurran, y que, por el contrario, ha de reaccionarse frente a tales vulneraciones mediante una intervención y una pena. El Tribunal para la antigua Yugoslavia en La Haya, el estatuto de Roma[43] y el Código penal internacional[44] son consecuencias de esta suposición. Si se examina con mayor detenimiento la jurisdicción internacional y nacional que con ello se establece, se percibe que la pena pasa de ser un medio para el *mantenimiento* de la vigencia de la norma a serlo de la *creación* de vigencia de la nor-

---

[43] Publicaciones del *Bundestag* [Parlamento Federal alemán, n. del t.] 14/2682, págs. 9 y ss.

[44] Artículo 1 de la Ley para la introducción de un Código penal internacional de 26-6-2002, BGBl I, pág. 2254.

ma. Esto no tiene por qué ser inadecuado, pero es necesario identificarlo y procesarlo teóricamente; a continuación se llevará a cabo un pequeño intento de resolver esa tarea:

Como es sabido y no necesita de referencia alguna, en muchos lugares del mundo ocurren vulneraciones extremas de derechos humanos elementales. Ahora bien, allí donde ocurren, estas vulneraciones tienen lugar porque los derechos humanos en aquellos lugares hasta el momento no estaban establecidos en el sentido de que fueran respetados a grandes rasgos; pues de lo contrario, también en esos territorios serían entendidas las vulneraciones como perturbaciones del orden establecido y serían penadas, sin que fuera necesaria una jurisdicción exterior. Por lo tanto, son algunos Estados —fundamentalmente, occidentales— que afirman una vigencia global de los derechos humanos, vigencia que es contradicha en el lugar de comisión de los hechos de manera radical y existosa al menos por parte de los autores. Ahora bien, el autor siempre niega la vigencia de la norma que prohíbe el hecho respecto de la conducta que él planea; pues de lo contrario no podría cometer el hecho. En consecuencia, parece que *en todo caso* —tanto en el caso de una vulneración de derechos humanos en cualquier lugar del mundo como en el supuesto base de un delito dentro del Estado— el autor se dirige contra la norma prohi-

bitiva y que la vigencia de la norma, afectada por ello, es confirmada en su intangibilidad por la pena. Sin embargo, esta equiparación supondría dejar fuera de consideración diferencias esenciales.

En el supuesto base de un delito *en* un Estado, un orden establecido a grandes rasgos es vulnerado en un caso individual. Ya existe un monopolio de la violencia a favor del Estado, y a éste se halla sometido el autor, también ya antes de su hecho. KANT formuló esto afirmando que en el «estado comunitario-legal» la «autoridad» tiene «poder» tanto sobre el autor como sobre su víctima[45]. Por lo tanto, se trata de un estado de certeza de que el Estado presta suficiente seguridad para las expectativas normativas de la víctima frente al autor, de modo que si a pesar de ello se produce un hecho, éste aparece como peculiaridad que no debe tenerse en cuenta en el cálculo cognitivo y que puede ser neutralizada mediante la imputación al autor y su punición. Esta breve consideración ha de bastar respecto de la situación en *un estado de vigencia real del ordenamiento jurídico*, es decir, *en* el Estado en funcionamiento.

La situación es distinta en lo que se refiere a la vigencia global de los derechos humanos. No puede afirmarse de ningún modo que exista un estado real de vigencia del Derecho, sino tan sólo de un

---

[45] Como en nota 18.

postulado de realización. Este postulado puede estar perfectamente fundamentado, pero ello no implica que esté realizado, del mismo modo que una pretensión jurídico-civil no se halla realizada sólo porque esté bien fundamentada. Dicho de otro modo: en esta medida, no se trata del *mantenimiento* de un «estado comunitario-legal», sino, con carácter previo, de su *establecimiento.* La situación previa a la creación del estado «comunitario-legal» es el estado de naturaleza, y en éste no hay personalidad, en todo caso, no existe una personalidad asegurada. Por ello, frente a los autores de vulneraciones de los derechos humanos, quienes por su parte tampoco ofrecen una seguridad suficiente de ser personas, de por sí está permitido todo lo que sea necesario para asegurar el ámbito «comunitario-legal», y esto es de hecho lo que sucede, conduciendo primero una guerra, no enviando como primer paso a la policía para ejecutar una orden de detención. Ahora bien, una vez que se tiene al infractor, se cambia al Código penal y al Código de procedimiento penal, como si se tratara de un homicidio por despecho o de conflictos ciudadanos parciales de estas características. Por lo tanto, se declara al autor persona para poder mantener la ficción de la vigencia universal de los derechos humanos. Sería más sincero separar esta coacción en la *creación* de un orden del derecho a *mantener* un orden: el «ciudadano»

Milosevic es tan poco parte de *aquella* sociedad que le pone ante un tribunal como lo era el «ciudadano» Capeto. Como es evidente, no me dirijo contra los derechos humanos con vigencia universal, pero es que su establecimiento es algo distinto que su aseguramiento. Si sirve al establecimiento de una Constitución mundial «comunitario-legal», habrá que castigar a los que vulneran los derechos humanos; pero eso no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: Derecho penal del enemigo.

VII. RESUMEN

1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la *contradicción*, en el Derecho penal del enemigo la *eliminación de un peligro*. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos *pueden* ser legítimos.

2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (ROUSSEAU, FICHTE). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el *status* de ciudadano para aquellos que *no* se desvían *por principio* (HOBBES, KANT).

3. Quien por principio se conduce de modo

desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.

4. Las tendencias contrarias presentes en el Derecho material —contradicción *versus* neutralización de peligros— encuentran situaciones paralelas en el Derecho procesal.

5. Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar *todo* el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo.

6. La punición internacional o nacional de vulneraciones de los derechos humanos después de un cambio político muestra rasgos propios del Derecho penal del enemigo sin ser sólo por ello ilegítima.

¿«DERECHO PENAL» DEL ENEMIGO?

Manuel Cancio Meliá

I. INTRODUCCIÓN

Simplificando mucho para intentar esbozar los trazos básicos del cuadro, puede afirmarse que en los últimos años los ordenamientos penales del «mundo occidental» han comenzado a experimentar una deriva que los conduce de una posición relativamente estática, dentro del núcleo duro del ordenamiento jurídico —en términos de tipo ideal: un núcleo duro en el que iban haciéndose con todo cuidado adaptaciones sectoriales y en el que cualquier cambio de dirección era sometido a una intensa discusión política y técnica previa— hacia un expuesto lugar en la vanguardia del día a día jurídico-político, introduciéndose nuevos con-

tenidos y reformándose sectores de regulación ya existentes con gran rapidez, de modo que los asuntos de la confrontación política cotidiana llegan en plazos cada vez más breves también al Código penal.

Los cambios frente a la *praxis* político-criminal que ha sido la habitual hasta el momento no sólo se refieren a los tiempos y las formas, sino que también en los contenidos van alcanzando paulatinamente tal grado de intensidad que se impone formular la sospecha —con permiso de HEGEL y del búho de Atenea— de que asistimos a un cambio estructural de orientación. Este cambio cristaliza de modo especialmente llamativo —como aquí intentará mostrarse— en el concepto del «Derecho penal del enemigo», que fue (re-)introducido —de modo un tanto macabro *avant la lettre* (de las consecuencias) del 11 de septiembre de 2001— recientemente por JAKOBS [1] en la discusión.

---

[1] Cfr. JAKOBS, en: Consejo General del Poder Judicial/Xunta de Galicia (ed.), Estudios de Derecho judicial núm. 20, 1999, págs. 137 y ss. (= *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente,* 2000); *idem,* en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT (ed.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick,* 2000, págs. 47 y ss., 51 y ss. (= tomo en prensa en traducción española, ed. a cargo de MUÑOZ CONDE [en: ed. Tirant lo Blanch]); *vid.* próximamente también *idem,*

En el presente texto se pretende examinar con toda brevedad este concepto de Derecho penal del enemigo para averiguar su significado para la teoría del Derecho penal y evaluar sus posibles aplicaciones político-criminales. Para ello, en un primer paso se intentará esbozar la situación global de la política criminal de la actualidad (*infra* II). A continuación, se podrá abordar el contenido y la relevancia del concepto de Derecho penal del enemigo (*infra* III).

La tesis a la que se arribará es que el concepto de Derecho penal del enemigo supone un instrumento idóneo para describir un determinado ámbito, de gran relevancia, del actual desarrollo de los ordenamientos jurídico-penales. Sin embargo, en cuanto Derecho positivo, el Derecho penal del enemigo sólo forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real: «Derecho penal del ciudadano» es un pleonasmo, «Derecho penal del enemigo» una contradicción en los términos.

---

en: *idem, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal,* 2.II.C (en prensa para ed. Civitas); el concepto fue introducido por primera vez por JAKOBS en el debate en su escrito publicado en ZStW 97 (1985), págs. 753 y ss. (= *Estudios de Derecho penal,* 1997, págs. 293 y ss.); cfr. también *idem, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª edición, 1991 (= *Derecho penal, Parte General. Los fundamentos y la teoría de la imputación,* 1995), 2/25.c.

II. SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL. DIAGNÓSTICO: LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

1. INTRODUCCIÓN

Las características principales de la política criminal practicada en los últimos años pueden resumirse en el concepto de la «expansión» del Derecho penal[2]. En efecto, en el momento actual pue-

---

[2] Un término que ha utilizado SILVA SÁNCHEZ en una monografía, ya de gran repercusión en la discusión —a pesar de que la fecha de publicación es reciente—, dedicada a caracterizar en su conjunto la política criminal de las sociedades postindustriales (*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1.ª edición, 1999, 2.ª edición, 2001, *passim*); acerca de la evolución general de la política criminal en los últimos años, cfr. también las exposiciones críticas de los autores de la escuela de Frankfurt recogidas en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995 (= *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000); cfr. también las contribuciones reunidas en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, cinco tomos, 1998. Desde luego, son los estudios planteados desde esa perspectiva teórica los que en muchos casos han contribuido a poner en marcha la discusión; cfr. también la crítica de SCHÜNEMANN, GA 1995, págs. 201 y ss. (= ADPCP 1995, págs. 187 y ss.); al respecto, *vid.*, también, por todos, el análisis crítico del potencial de

de convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución actual de las legislaciones penales del «mundo occidental» está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso de enteros nuevos sectores de regulación, acompañada de una

---

la aproximación «personal» a la teoría del bien jurídico —esencial en las construcciones de los autores de Frankfurt— desarrollado por MÜSSIG, RDPCr 9 (2002), págs. 169 y ss. (= *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoria del bien jurídico crítica hacia el sistema*, 2001, *passim*). En la bibliografía española más reciente, cfr. sólo los trabajos de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, *passim*; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, 2001, *passim*; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, 2001, págs. 252 y ss. Desde otra perspectiva, más amplia en el tiempo, *vid.* el análisis de orientación sociológica acerca de la expansión como ley de evolución de los sistemas penales hecho por MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, págs. 178 y ss., 345. Adopta una posición político-criminal de orientación completamente divergente de la de las voces críticas antes citadas —como ya muestra de modo elocuente el título— ahora GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de la criminalidad*, 2003; *vid.* también, relativizando la justificación del discurso globalmente crítico, recientemente POZUELO PÉREZ, RDPP, 9 (2003), págs. 13 y ss.

actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.

El punto de partida de cualquier análisis del fenómeno que puede denominarse la «expansión» del ordenamiento penal ha de estar, en efecto, en una sencilla constatación: la actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de «criminalización en el estadio previo» a lesiones de bienes jurídicos[3], cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas. Resumiendo: en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un «Derecho penal de la puesta en riesgo»[4] de características antiliberales[5].

---

[3] Cfr. JAKOBS, ZStW, 97 (1985), pág. 751.

[4] Sobre este concepto exhaustivamente HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsfürsorge*, 1991, págs. 50 y ss.

[5] *Vid.*, por ejemplo, HASSEMER, en: PHILIPPS *et al.* (ed.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, págs. 85 y ss. (pág. 88); *idem*, en:

2. LOS FENÓMENOS EXPANSIVOS

En primer lugar se trata de esbozar una imagen más concreta de esta evolución político-criminal actual. Desde la perspectiva aquí adoptada, este desarrollo puede resumirse en dos fenómenos: el llamado «Derecho penal simbólico» (*infra* A) y lo que puede denominarse «resurgir del punitivismo» (*infra* B). En todo caso, debe subrayarse desde el principio que estos dos conceptos sólo identifican aspectos fenotípico-sectoriales de la evolución global y no aparecen de modo clínicamente «limpio» en la realidad legislativa (*infra* C). Ambas líneas de evolución, la «simbólica» y la «punitivista» —ésta será la tesis a exponer aquí— constituyen el linaje del Derecho penal del enemigo. Sólo teniendo en cuenta esta filiación en la política criminal moderna podrá aprehenderse el fenómeno que aquí interesa (en el que se entrará *infra* III).

A) *El Derecho penal simbólico*

Particular relevancia corresponde, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminaliza-

---

JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (ed.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, págs. 329 y ss.; HERZOG, *Unsicherheit* (nota 4), págs. 65 y ss.; ALBRECHT, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Zustand des Strafrechts* (nota 2), págs. 429 y ss.

ción respecto de los cuales se afirma críticamente que tan sólo cumplen efectos meramente «simbólicos»[6]. Como ha señalado HASSEMER desde el principio de esta discusión, quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos «simbólicos» puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado[7], es decir, aquí emerge de inmediato la idea de que se inflige un daño concreto con la pena para obtener efectos algo más que simbólicos. Por lo tanto, para siquiera poder abordar el concepto, hay que recordar primero hasta qué punto el moderno principio político-criminal de que sólo una pena socialmente útil puede ser justa ha sido interiorizado (en diversas variantes) por

---

[6] *Vid.*, sobre esta noción, por todos, las amplias referencias y clasificaciones contenidas en VOß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten,* 1989, *passim*; cfr. también, más sucintamente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo,* 1992, págs. 304 y ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft,* 1993, págs. 253 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Anticipación* (nota 2), págs. 56 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, AP 2001, págs. 1 y ss. (= ZStW 113 [2001], págs. 516 y ss.), todos con ulteriores referencias.

[7] NStZ, 1989, págs. 553 y ss. (PyE 1 [1991], págs. 23 y ss.).

los participantes en el discurso político-criminal. Sin embargo, a pesar de ese postulado (de que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado concreto y mensurable, aunque sólo sea —en el caso de las teorías retributivas— la realización de la justicia), los fenómenos de carácter simbólico forman parte de modo necesario del entramado del Derecho penal, de manera que en realidad es incorrecto el discurso del «Derecho penal simbólico» como fenómeno extraño al Derecho penal. En efecto: desde perspectivas muy distintas, desde la «criminología crítica» —y, en particular, desde el así llamado enfoque del *labeling approach*[8]—, que pone el acento sobre las condiciones de la atribución social de la categoría «delito», hasta la teoría de la prevención general positiva, que entiende delito y pena como secuencia de tomas de posición comunicativa respecto de la norma[9]: los elementos de interacción simbólica son la misma esencia del Derecho penal[10]. Entonces, ¿qué es lo que quiere decirse

---

[8] *Vid.* por todos las referencias en VOß, *Symbolische Gesetzgebung* (nota 6), págs. 79 y ss.

[9] JAKOBS, *AT*², 1/4 y ss.; *vid.* también BARATTA, PyE, 1 (1991), pág. 52, y la exposición de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Anticipación* (nota 2), págs. 90 y ss. en torno a las relaciones entre Derecho penal preventivo y Derecho penal simbólico.

[10] Cfr., por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, AP, 2001, págs. 4 y ss.

con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra características que cabe denominar «simbólicas»? Cuando se usa en sentido crítico del concepto de Derecho penal simbólico, se quiere, entonces, hacer referencia a que determinados agentes políticos tan sólo persiguen el objetivo de dar la «impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido» [11], es decir, que predomina una función latente sobre la manifiesta. Más adelante podrá hacerse alguna consideración acerca de otras funciones latentes del Derecho penal simbólico, manifestadas en su descendiente, el Derecho penal del enemigo [12].

En la «Parte Especial» de este Derecho penal simbólico corresponde especial relevancia —por mencionar sólo este ejemplo—, en diversos sectores de regulación, a ciertos tipos penales en los que se criminalizan meros actos de comunicación, como, por ejemplo, los delitos de instigación al odio racial o los de exaltación o justificación de autores de determinados delitos [13].

---

[11] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 6), pág. 305.

[12] *Infra* III.2.B.

[13] Cfr., por ejemplo, respecto de los delitos de lucha contra la discriminación, últimamente LANDA GOROSTIZA, IRPL/RIDP, 73, págs. 167 y ss., con ulteriores referencias. *Vid.* también acerca de este tipo de infracciones CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas*

B) *El resurgir del punitivismo*

Sin embargo, reconducir los fenómenos de «expansión» que aquí interesan de modo global sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas no atendería al verdadero alcance de la evolución. Pues el recurso al Derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización «a la antigua usanza», es decir, la introducción de

---

penales, 2000, págs. 139 y ss.; *idem*, JpD, 44 (2002), pág. 26. En el Derecho comparado, en contra de la legitimidad de los preceptos análogos del Código penal alemán, cfr. sólo la contundente crítica de JAKOBS, ZStW, 97 (1985), págs. 751 y ss.; téngase en cuenta, de todos modos, que en el caso del ordenamiento alemán la cláusula que refiere estas conductas a la perturbación del orden público permitiría una selección de las conductas en cuestión en función de la gravedad social de las mismas. Aun así, han surgido también en ese país voces que —más allá de las consideraciones de JAKOBS acabadas de citar— ponen en duda la adecuación del ordenamiento penal en este contexto: *vid.*, por ejemplo, SCHUMANN, StV, 1993, págs. 324 y ss.; AMELUNG, ZStW 92 (1980), págs. 55 y ss. Ante el consenso político que concitan estas normas en el caso alemán resulta signficativo que el antecedente de la infracción está en el delito de «provocación a la lucha de clases»; *vid.* *LK*[11]-v. BUBNOFF, comentario previo a los §§ 125 y ss.

normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas [14] o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes. De este modo, se invierte el proceso habido en los movimientos de reforma de las últimas décadas —en España, después de 1978— en el que fueron desapareciendo diversas infracciones —recuérdese sólo la situación del Derecho penal en materia de conductas de significado sexual— que ya no se consideraban legítimas. En este sentido, se advierte la existencia en el debate político de un verdadero *«clima punitivista»* [15]: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal; un ambiente político-criminal que, desde luego, no carece de antecedentes. Pero estos procesos de criminalización —y esto es nuevo— en muchas ocasiones se producen con coordenadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política-demandas de descriminalización/derecha política-demandas de criminalización [16]. En este

---

[14] Si bien puede observarse que en muchos casos se produce una aplicación selectiva.

[15] Cfr. CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias* (nota 13), págs. 131 y ss., 135 y ss.

[16] Así, por ejemplo, subraya SCHUMANN respecto de las

sentido, parece que se trata de un fenómeno que supera, con mucho, el tradicional «populismo» en la legislación penal.

Respecto de la izquierda política resulta especialmente llamativo el cambio de actitud: de una línea —simplificando, claro está— que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento del sistema económico-político de dominación [17] a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización específicamente de izquierdas [18]: delitos de discriminación,

---

infracciones en la órbita de manifestaciones neonazis que existe un consenso izquierda-derecha a la hora de reclamar la intervención del Derecho penal, StV, 1993, pág. 324. *Vid.*, en este sentido, por lo demás, las consideraciones sobre las demandas de criminalización de la socialdemocracia europea en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), págs. 69 y ss.; se trata de una situación en la que cualquier colectivo tiene «sus» pretensiones de criminalización frente al legislador penal: cfr. la exposición sintomática de ALBRECHT, en: *Vom unmöglichen Zustand* (nota 2), pág. 429; respecto de la persecución de fines de llamada moral haciendo uso de la legislación penal sólo VOß, *Symbolische Gesetzgebung* (nota 6), págs. 28 y ss.

[17] *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), pág. 57 y ss., acerca de este cambio de orientación; movimiento paralelo en las ciencias penales: la criminología crítica con pretensiones abolicionistas; vid. sólo la panorámica trazada por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 6), págs. 18 y ss.

[18] «Go and tell a worker robbed of his week's wages or a

delitos en los que las víctimas son mujeres maltratadas, etc. [19]. Sin embargo, evidentemente, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser «conservador», sino igual de «progresista» (o más) que todos los demás grupos (= en este contexto: defensista). En este sentido, la derecha política —en particular, me refiero a la situación en España— ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos «progresistas» [20]. Igual que la izquierda política ha aprendido lo rentable que puede resultar el discurso de *law and order*, antes monopolizado por la derecha política, ésta se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio,

---

raped woman that crime doesn't exist», frase significativa del criminólogo YOUNG citada por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* (nota 6), pág. 23 nota 36.

[19] *Vid.*, sobre esto, con particular referencia a la socialdemocracia europea, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), págs. 69 y ss., con ulteriores referencias.

[20] Sólo así se explica, por ejemplo, que haya sido precisamente la derecha política, en el gobierno, la que haya impulsado y aprobado una modificación del delito de acoso sexual, regulado en el artículo 184 CP, que supone una vuelta de tuerca sobre la regulación poco afortunada introducida en el CP de 1995.

perteneciente a la izquierda, una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y «más efectivas» penas ya no es un tabú político para nadie.

El modo más claro de apreciar la dimensión de este fenómeno quizás esté en recordar que incluso conduce a la rehabilitación de nociones —abandonadas hace años en el discurso teórico de los ordenamientos penales continentales— como la de inocuización[21].

En este sentido, parece evidente, en lo que se refiere a la realidad del Derecho positivo, que la tendencia actual del legislador es la de reaccionar con «decisión» dentro de muchos sectores diversos de regulación en el marco de la «lucha» contra la criminalidad, es decir, con un incremento de las penas previstas. Un ejemplo, tomado del Código penal español[22], lo constituyen las

[21] Cfr. sólo SILVA SANCHEZ, en: *idem, Estudios de Derecho penal,* 2000, págs. 233 y ss.; *idem, La expansión* (nota 2), págs. 141 y ss.

[22] *Vid.* respecto del CP de 1995 sólo el diagnóstico global de RODRÍGUEZ MOURULLO, en su prólogo a los *Comentarios al Código penal* (1997) por él dirigidos (pág. 18): el aumento cuantitativo de figuras delictivas en el nuevo Código penal «no obedece a ninguna línea coherente de política criminal», y el más contundente de GIMBERNAT ORDEIG, en

infracciones relativas al tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes y sustancias psicotrópicas[23]: la regulación contenida en el texto de 1995 duplica la pena[24] prevista en la regulación anterior[25], de modo que la venta de una dosis de cocaína —considerada una sustancia que produce «grave daño a la salud», lo que da lugar a la aplicación de un tipo cualificado— supone una pena de tres a nueve años de privación de libertad (frente a, aproximadamente, uno a cuatro años en el

---

su prólogo a la edición del CP (Tecnos): el CP 1995 está «influido por el renacimiento en los últimos años de la ideología de la "ley y el orden", por un incremento descontrolado de nuevas figuras delictivas y por un insoportable rigor punitivo».

[23] Sobre esta problemática en el caso español cfr. últimamente por todos, GÓNZALEZ ZORRILLA, en: LARRAURI PIJOAN (dir.)/CGPJ (ed.), *Política criminal*, 1999, págs. 233 y ss. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, en: BERISTAIN IPIÑA (dir.)/CGPJ (ed.), *Política criminal comparada, hoy y mañana*, 1999, págs. 87 y ss., ambos con ulteriores referencias; en cuanto a la enorme relevancia que corresponde en la realidad del sistema de Administración de Justicia y penitenciario a estas infracciones, cfr. sólo los datos relacionados respecto del caso español en RDPCr, 4 (1999), págs. 881, 892 y ss.

[24] Teniendo en cuenta el cambio en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad; en el anterior Código (texto refundido de 1973), como es sabido, el cumplimiento efectivo solía situarse en la mitad de la extensión nominal de la pena.

[25] Cfr. artículos 368 CP 1995 y 344 CP TR 1973.

anterior Código), potencialmente superior, por ejemplo, a la correspondiente a un homicidio por imprudencia grave (uno a cuatro años) o a un delito de aborto doloso sin consentimiento de la madre (cuatro a ocho años) en los términos previstos en el mismo «Código penal de la democracia» apoyado parlamentariamente por la izquierda política. Como es sabido, la evolución más reciente discurre en dirección a una ulterior oleada de endurecimiento [26].

En este mismo contexto, una consideración de la evolución habida en los últimos años en los Estados Unidos —sin tener en cuenta las más recientes medidas legislativas— puede ser reveladora de cuál es —o mejor dicho: de lo lejos que se puede llegar hasta alcanzar— el punto de llegada de esta escalada: mediante la legislación de «three strikes» puede llegar a suceder que un autor que bajo aplicación del Código penal español ni siquiera ingresara en prisión [27], en algunos Estados de los EE.UU. sufra cadena perpetua, entendida ésta además en sentido estricto (hasta la muerte del condenado) [28].

---

[26] *Vid.* el contenido de los últimos proyectos de Ley (núm. 129-1 [BOCG 14-2-2003]; núm. 136-1 [BOCG 21-3-2003]; núm. 145-1 [BOCG 5-5-2003]).

[27] Por ejemplo: un delito de robo del artículo 242.3 junto con uno de lesiones del artículo 147.2 y otro de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP.

[28] Cfr. sólo BECKETT, *Making Crime Pay. Law and Order*

C) *Punitivismo y Derecho penal simbólico*

Con lo expuesto hasta el momento ya queda claro que ambos fenómenos aquí seleccionados no son, en realidad, susceptibles de ser separados nítidamente. Así, por ejemplo, si se introduce una legislación radicalmente punitivista en materia de drogas, ello tiene una inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal (es decir, no se trata de normas meramente simbólicas de acuerdo con el entendimiento habitual), y a pesar de ello es evidente que un elemento esencial de la motivación del legislador a la hora de aprobar esa legislación está en los efectos «simbólicos» obtenidos mediante su mera promulgación. Y a la inversa, también parece que normas que en principio cabría catalogar de «meramente simbólicas» pueden llegar a dar lugar a un proceso penal «real»[29].

---

in Contemporary American Politics, 1997, págs. 89 y ss., 96; respecto del caso del Estado de California, *vid.*, por ejemplo, los datos recogidos en //http:www.facts1.com. Cfr. también las referencias en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), págs. 142 y ss.

[29] En este sentido, respecto del artículo 510 del CP español —junto con el art. 607.2 CP, que contiene una infracción que penaliza la conducta de «difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen» los delitos de genocidio— sigue siendo significativa la condena —en primera instancia—, de un sujeto filonazi, propietario de una librería en la que vendía libros de esa orientación, a

Lo que sucede es que en realidad, la denominación «Derecho penal simbólico» no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales[30] caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la «solución» en términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador[31] a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercado-técnicas de conservación del poder político[32], llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos pena-

---

cinco años de pena privativa de libertad (concurso real entre ambas infracciones; S. Juzgado de lo Penal núm. 3 de Barcelona de 16-11-1998).

[30] En particular, no parece adecuado contentarse con la determinación del concepto de Derecho penal simbólico como legislación penal mendaz en el sentido de que solo simularía la obtención de determinados resultados; vid. sobre esto con detenimiento DÍEZ RIPOLLÉS, AP, 2001, págs. 4 y ss., con referencias.

[31] Que es lo que ahora interesa; pero, por supuesto, cabría identificar —y muchos— supuestos de «aplicación simbólica» de normas penales.

[32] Cfr. sólo las referencias de estas prácticas respecto del ámbito anglosajón en BECKETT, *Making Crime Pay* (nota 27), *passim*, y von HIRSCH, en: LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik* (nota 2), t. V., págs. 31 y ss.

les que después son «satisfechas» por las fuerzas políticas.

Dicho con toda brevedad: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado «hecho», sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal —dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos— persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como «otros» no integrados en esa identidad, mediante la exclusión del «otro». Y parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos vigorosos de un punitivismo exacerbado, en escalada, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación puede examinarse lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo.

III. ¿«DERECHO PENAL DEL ENEMIGO»?

Para concluir, a continuación se intentará analizar el concepto de Derecho penal del enemigo para determinar su contenido y su relevancia sistemática. Para ello, en primer lugar se presentarán las

definiciones determinantes que han aparecido en la bibliografía y se propondrá alguna precisión a esa definición conceptual. Para ello, es especialmente relevante la imbricación del fenómeno en la evolución político-criminal general, es decir, su genealogía (*infra* 1). Finalmente, se esbozarán las dos razones fundamentales por las que desde la perspectiva del sistema jurídico-penal actualmente practicado el concepto de Derecho penal del enemigo sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no-Derecho penal [33] presente en las legislaciones positivas: por un lado, la función de la pena en este sector, que difiere de la del Derecho penal «verdadero»; por otro, como consecuencia de lo anterior, la falta de orientación con base en el principio del hecho (*infra* 2).

1. Determinación conceptual

A) *Derecho penal del enemigo (Jakobs) como tercera velocidad (Silva Sánchez) del ordenamiento jurídico-penal*

Según Jakobs [34], el Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar,

---

[33] Es decir: un Derecho penal meramente formal, que difiere estructuralmente de la imputación que es practicada normalmente bajo esa denominación.

[34] Quien, como se ha señalado, introdujo —en dos fases,

se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de —como es lo habitual— retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer

---

en 1985 y 1999/2000— el concepto en la discusión más reciente (JAKOBS, Estudios de Derecho judicial 20 [nota 1], págs. 137 y ss.; *idem*, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT [ed.], *Strafrechtswissenschaft* [nota 1], págs. 47 y ss., 51 y ss.; *idem*, ZStW, 97 [1985], págs. 753 y ss.; *idem*, AT[2], 2/25.c).

Ciertamente, cabría identificar —como subraya SILVA SANCHEZ, *La expansión* (nota 2), pág. 165 con nota 388— muchos antecedentes materiales de la noción de Derecho penal del enemigo, en particular, en determinadas orientaciones de la prevención especial anteriores a la segunda guerra mundial; cfr. MUÑOZ CONDE, DOXA 15-16 (1994), págs. 1031 y ss. Desde una perspectiva temporal más amplia, y con orientación filosófica, *vid.* el análisis correspondiente de PEREZ DEL VALLE (CPC 75 [2001], págs. 597 y ss.), relativo a las teorías del Derecho penal contenidas en las obras de ROUSSEAU y HOBBES. En todo caso, cabe pensar que este aspecto —los antecedentes históricos— puede ser dejado de lado desde el punto de vista de la política criminal actual —no en el plano global-conceptual, claro— teniendo en cuenta las diferencias estructurales entre los sistemas políticos de aquellos momentos históricos y el actual.

lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas[35]. De modo mate-

---

[35] *Vid.* sintéticamente JAKOBS, Estudios de Derecho judicial, núm. 20 (nota 1), págs. 138 y ss. Los trabajos de JAKOBS han desencadenado ya una incipiente discusión en los ámbitos de habla alemana y española en la que hay que constatar sobre todo voces marcadamente críticas. En esta línea, atribuyen a JAKOBS una posición afirmativa respecto de la existencia de Derecho penal del enemigo, por ejemplo, SCHULZ, ZStW, 112 (2000), págs. 659 y ss.; SCHUNEMANN, GA, 2001, págs. 210 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 3.ª edición, 2002, págs. 116 y ss., AMBOS, *Der allgemeine Teil eines Völkerstrafrechts*, 2002, págs. 63 y ss., 63 y ss.: «otorga a futuros regímenes injustos una legitimación teórica»; *ibidem*, nota 135 incluso se afirma que JAKOBS con estos desarrollos se aproxima constantemente al pensamiento «colectivista-dualista» de CARL SCHMITT; PORTILLA CONTRERAS, mientras tanto núm. 83 (2002), págs. 78 y ss., 81; *idem*, «El Derecho penal y procesal del "enemigo". Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos», en prensa para: Libro en homenaje a Enrique Bacigalupo: «... justifica e intenta legitimar la estructura de un Derecho penal y procesal sin garantías» (texto correspondiente a la nora 3); diferenciando el significado político-criminal de la primera (1985) y de la segunda (1999/2000) aproximación, PRITTWITZ, ZStW 113 (2001), págs. 774 y ss., 794 y ss., 794 y s. con nota 106. Por otra parte, aparte de SILVA SÁNCHEZ (sobre su posición, vid. a continuación en el texto), han hecho referencia a la concepción de JAKOBS en términos más bien descriptivos o afirmativos (en algunos casos) KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, págs. 177 y ss.; FEIJOO SÁN-

rialmente equivalente, en España SILVA SÁNCHEZ ha incorporado el fenómeno del Derecho penal del enemigo a su propia concepción político-criminal[36]. De acuerdo con su posición, en el momento actual se están diferenciando dos «velocidades» en el marco del ordenamiento jurídico-penal[37]: la primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, según SILVA SÁNCHEZ, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos —tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño—, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y

---

CHEZ, RJUAM, 4 (2001), págs. 9 y ss., 46 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, CPC, 75 (2001), págs. 597 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, Parte General, t. I: Fundamentos científicos del Derecho penal,* 4.ª edición, 2001, págs. 185 y ss.; CANCIO MELIÁ, JpD, 44 (2002), págs. 19 y ss.; GRACIA MARTIN, *Prolegómenos* (nota 2), págs. 120 y ss.

[36] Cfr. SILVA SANCHEZ, *La expansión* (nota 2), págs. 163 y ss.

[37] *Vid.* SILVA SANCHEZ, *La expansión* (nota 2), págs. 159 y ss.

reglas «clásicos»[38]. Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no —una cuestión que excede de estas breves consideraciones—, la imagen de las «dos velocidades» induce inmediatamente a pensar —como ya ha hecho el propio SILVA SÁNCHEZ[39]— en el Derecho penal del enemigo como «tercera velocidad», en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la «flexibilización» de los principios político-criminales y las reglas de imputación.

B) *Precisiones*

a) Planteamiento

Hasta aquí la descripción. La cuestión que ahora se plantea es, naturalmente, qué es lo que hay que hacer en el plano teórico-sistemático con esa realidad constatada. ¿Hay que detenerse en esa constatación? ¿Hay que intentar limitarlo en la medida de lo posible, quizás «domándolo» al introducirlo en el ordenamiento jurídico-penal? En resumen: ¿es ilegítimo? Dicho de otro modo: no está claro si se trata de un concepto meramente

---

[38] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), págs. 159 y ss., 161 y ss.

[39] En la segunda edición de su monografía *La expansión* (nota 2), págs. 163 y ss.

descriptivo o afirmativo. Antes de intentar dar respuesta a esa cuestión, parece necesario, sin embargo, llevar a cabo algunas consideraciones acerca del contenido del concepto de Derecho penal del enemigo.

Desde la perspectiva aquí adoptada, ambas concepciones antes esbozadas son correctas en cuanto elementos de una descripción [40].

> En cuanto al alcance concreto de estas normas realmente existentes, puesto que se trata, como antes se ha indicado, de una definición típico-ideal, para determinar la «Parte Especial» jurídico-positiva del Derecho penal del enemigo sería necesario un estudio detallado, tipo por tipo —que excedería del marco del presente texto—, de diversos sectores de regulación [41]. En este sentido, seguramente es cierto (como ha afirmado

---

[40] El hecho de que existe ese Derecho penal del enemigo en el ordenamiento positivo (SILVA SÁNCHEZ dice [*La expansión* (nota 2), pág. 166] que sobre esto «no parece que se pueda plantear duda alguna»), y que puede ser descrito en los términos expuestos, es algo que no es cuestionado; en lo que se alcanza a ver, tampoco por parte de los autores que se han manifestado en sentido crítico frente al desarrollo de JAKOBS (cfr., por ejemplo, expresamente PORTILLA CONTRERAS, mientras tanto núm. 83 [2002], págs. 77 y ss., 83, 91).

[41] Cfr., por ejemplo, el catálogo internacional expuesto por PORTILLA CONTRERAS, mientras tanto núm. 83 (2002), págs. 83 y ss.

SILVA SÁNCHEZ[42]) que es necesario deslindar en la *praxis* de análisis de la Parte Esepcial diversos niveles de intensidad en los preceptos jurídico-penales concretos, y que, en el plano teórico, cabe apreciar que en su alcance concreto, la noción de Derecho penal del enemigo propuesta por JAKOBS en la primera aproximación (1985) es considerablemente más amplia (incluyendo sectores de regulación más próximos al «Derecho penal de la puesta en riesgo», delitos dentro de la actividad económica) que la de la segunda fase (a partir de 1999), más orientada con base en delitos graves contra bienes jurídicos individuales (de modo paradigmático: terrorismo). En todo caso, lo que parece claro es que en el ordenamiento español, el centro de gravedad del Derecho penal del enemigo está sobre todo en el nuevo Derecho antiterrorista, primero en la redacción dada a algunos de los preceptos correspondientes en el CP de 1995[43], después en la reforma introducida mediante la LO 7/2000[44], y en

---

[42] En una contribución de seminario, Universitat Pompeu Fabra, 5/2003.

[43] Cfr. la sintética descripción en CANCIO MELIA, en: RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO *et al.*, *Comentarios al Código penal*, 1997, págs. 1384 y ss.

[44] Cfr. CANCIO MELIÁ, JpD, 44 (2002), págs. 19 y ss., 23 y ss.

el futuro mediante las reformas ahora en tramitación parlamentaria[45].

La esencia de este concepto de Derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos, que nada significa[46], ya que de modo paralelo a las medidas de seguridad supone tan sólo un procesamiento desapasionado, instrumental[47], de determinadas fuentes de peligro especialmente significativas[48]. Con este instrumento, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos[49].

---

[45] Especialmente, las contenidas en el proyecto de Ley núm. 129-1 (BOCG 14-2-2003).

[46] En términos del significado comunicacional habitual de la pena criminal; sobre esto a continuación *infra* 2.B.

[47] Desde esta perspectiva, es llamativo el paralelismo con la idiosincrasia de determinadas tendencias inocuizadoras en la discusión estadounidense que reciben la significativa denominación de «managerial criminology»; *vid.* la exposición de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), págs. 141 y ss., 145.

[48] Cfr. SILVA SÁNCHEZ (*La expansión* [nota 2], pág. 163): «fenómenos... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado»; «reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves» (*ibid.*, pág. 166).

[49] JAKOBS, Cuadernos de Derecho judicial, núm. 20 (nota 1), pág. 139.

b) Carencias

Sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, esa definición es incompleta: sólo se corresponde de manera parcial con la realidad (legislativa, política y de la opinión publicada).

En primer lugar: aun sin llevar a cabo un estudio de materiales científicos relativos a la psicología social, parece claro que en todos los campos importantes del Derecho penal del enemigo («cárteles de la droga»; «criminalidad de inmigración»; otras formas de «criminalidad organizada» y terrorismo) lo que sucede no es que se dirijan con prudencia y comuniquen con frialdad operaciones de combate, sino que se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de «enemigos» en este sentido pseudorreligioso que en la acepción tradicional-militar del término [50]. En efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como «otro» [51], no es, en realidad, una identificación como fuente

---

[50] Respecto del terrorismo de nuevo cuño, SCHEERER (*Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, 2002, págs. 7 y ss., 13 y ss.) identifica la patologización y la mitologización de las conductas en cuestión como verdaderas características decisivas en el discurso de combate contra el terrorismo.

[51] Que sencillamente, es peligroso; al que no se le hace en

de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino, por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente[52] mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización y ¿qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído[53]? En este sentido, la carga genética del punitivismo (la idea del incremento de la pena como único instrumento de control de la criminalidad) se recombina con la del Derecho penal simbólico (la tipificación penal como mecanismo de creación de identidad social) dando lugar al código del Derecho penal del enemigo.

En segundo lugar, este significado simbólico específico del Derecho penal del enemigo abre la perspectiva para una segunda característica estructural: no es sólo un determinado «hecho» lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos[54]. De modo correspondiente, en el plano técnico, el mandato de determinación derivado del principio de legalidad y sus

---

primera línea un reproche, sino se persigue su neutralización.

[52] Cfr. respecto de esta idea también el texto *infra* 2.B.

[53] Uno de cuyos nombres, es, precisamente, *el Enemigo*.

[54] Cfr. sobre esto también en el texto *infra* 2.C.

«complejidades» [55] ya no son un punto de referencia esencial para la tipificación penal.

2. El Derecho penal del enemigo como contradicción en los términos

A) *Planteamiento*

Cuando se aborda una valoración del Derecho penal del enemigo en cuanto parte del ordenamiento jurídico-penal, sobre todo se pregunta si debe ser aceptado como inevitable segmento instrumental de un Derecho penal moderno. Para contestar esta pregunta de modo negativo, *en primer lugar*, puede recurrirse a presupuestos de legitimidad más o menos externos al sistema jurídico-penal en sentido estricto: no debe haber Derecho penal del enemigo porque es políticamente erróneo (o: inconstitucional) [56]. *En segundo lugar*, puede argumentarse dentro del paradigma de seguridad o efectividad en el que la cuestión es situado habitualmente por los agentes políticos

---

[55] Un término que, por ejemplo, aparece varias veces en la Exposición de motivos de la LO 7/2000 como un problema a superar.

[56] En lo que se alcanza a ver, ésta es la argumentación que está en la base de las posiciones críticas existentes en la discusión hasta el momento (*vid.* las referencias *supra* en nota 35).

que promueven este tipo de normas penales: el Derecho penal del enemigo no debe ser porque no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos [57]. Éstos son, naturalmente, caminos transita-

---

[57] En el plano empírico, parece que puede afirmarse que la experiencia en otros países de nuestro entorno respecto de organizaciones terroristas «endógenas» muestra que la aplicación de este tipo de infracciones no ha conducido a evitar delitos, sino ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión (ése parece ser el caso, en particular, en el paso en Alemania de la «primera generación» de la fracción del ejército rojo [RAF, *Rote Armee Fraktion*] a las sucesivas oleadas de miembros de ese grupo terrorista). De todos modos, es difícil que se pueda aislar para el análisis sólo la cuestión de la efectividad preventiva: pues dentro de este balance debería tenerse en cuenta de modo muy especial que las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación —como muestran múltiples ejemplos históricos—, de modo que hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico. Aparte de ello, en el balance de «efectividad» ha de considerarse, como antes se ha dicho, que la mera existencia del Derecho penal del enemigo puede representar en alguna ocasión un éxito político-propagandístico parcial, precisamente, para el «enemigo»; sobre la falta de efectividad, cfr. sólo FEIJÓO SÁNCHEZ, RJUAM, 4 (2001), págs. 50 y ss.; respecto del caso concreto de la introducción del llamado «terrorismo individual» en el CP 1995, cfr., por ejemplo, el análisis de las consecuencias contraproducentes que puede conllevar efectuado por ASÚA BATARRI-

bles, que de hecho se transitan en la discusión y que se deben transitar. Pero aquí se pretende —*en tercer lugar*— esbozar un análisis previo, interno al sistema jurídico-penal en sentido estricto: ¿el Derecho penal (fácticamente existente) forma parte *conceptualmente* del Derecho penal?[58].

> Con esta formulación, como es evidente, se implica que en la utilización del concepto se lleva a cabo sobre todo una descripción: la valoración (política) cae por su propio peso una vez dada la respuesta. De este modo, se introduce la cuestión, ampliamente discutida, acerca de si este tipo de concepciones pueden legítimamente llevar a cabo tal descripción, o si, por el contrario, todo trabajo teórico en este contexto ofrece siempre al mismo tiempo una legitimación. A este respecto sólo ha de anotarse aquí que en la discusión incipiente en torno a la idea de Derecho penal del enemigo desde el principio se perciben a veces tonos bastante rudos, que se dirigen, en particular, contra la mera (re-)introducción de la pareja conceptual Derecho penal del ciudadano y del enemigo por parte de JAKOBS. Sin pretender replantear aquí la discusión global

---

TA (en: ECHANO BASALDÚA [coord.], *Estudios jurídicos en memoria de José M.ª Lidón,* 2002, pág. 69, nota 39).

[58] Plantean y dejan abierta esta cuestión tanto JAKOBS (en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT [ed.], *Strafrechtswissenschaft* [nota 1], pág. 50) como SILVA SÁNCHEZ (*La expansión* [nota 2], pág. 166).

en torno al significado del sistema dogmático desarrollado por JAKOBS, acerca de su comprensión como descripción o legitimación [59], sí hay que indicar que aquellas posiciones que subrayan los posibles «peligros» ínsitos en la concepción de JAKOBS no siempre tienen en cuenta de modo suficiente que esa aproximación, tildada de estructuralmente conservadora o incluso autoritaria, ya ha producido en varias ocasiones construcciones dogmáticas con un alto potencial de recorte de la punibilidad. Un pequeño ejemplo, precisamente relativo al Derecho penal del enemigo: según MUÑOZ CONDE [60], en relación con el concepto de Derecho penal del enemigo, y teniendo en cuenta el gran eco de la teoría de JAKOBS en América latina [61], es necesario subrayar que esa aproximación teórica no es «ideoló-

---

[59] Cfr. al respecto próximamente, de nuevo, el propio JAKOBS, en: *idem, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal,* 2 (en prensa para Ed. Civitas); *vid.*, por lo demás, sólo PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *Estudios de Derecho penal,* 1997, págs. 17 y ss., 22 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, AP, 2001, págs. 229 y ss., 242 y ss.; *idem, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito,* 2003, *passim,* con ulteriores referencias.

[60] En: BARQUÍN SANZ/OLMEDO CARDENETE, Conversaciones: Dr. Francisco Muñoz Conde, RECPC 04-c2 (2002) [http://criminet.ugr.es/recpc].

[61] Esta influencia también es constatada, en términos similares y con preocupación, por AMBOS, *Völkerstrafrecht* (nota 34), pág. 64.

gicamente inocente», precisamente en países, como Colombia, en los que «ese Derecho penal del enemigo es practicado». Con toda certeza, cualquier concepción teórica puede ser pervertida o usada con fines ilegítimos; no se pretende aquí negar esa realidad. Pero es un hecho que la Corte Constitucional colombiana ha declarado recientemente inconstitucionales —aplicando expresamente el concepto de Derecho penal del enemigo desarrollado por JAKOBS— varios preceptos penales promulgados por el presidente[62]. En conclusión: no existen concepciones teóricas (estrictamente jurídico-penales) que hagan invulnerable a un ordenamiento penal frente a evoluciones ilegítimas[63].

La respuesta que aquí se ofrece es: no. Para ello, se propondrán dos diferencias estructurales (íntimamente relacionadas entre sí) entre «Derecho penal» del enemigo y Derecho penal: a) el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores; b) en consecuencia,

---

[62] Sentencia C-939/02 de 31-10-2002, ponente *Montealegre Lynett*. Una cuestión distinta es, naturalmente, qué efecto práctico tendrá esto en el desarrollo de la actual guerra civil en Colombia; probablemente, exactamente el mismo que una solemne proclamación del principio de *ultima ratio*.

[63] *Vid.* CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Conferencias* (nota 13), págs. 139 y ss., 147.

el Derecho penal del enemigo no es un Derecho penal del hecho, sino de autor. Hay que subrayar de nuevo que estas características no aparecen con esta nitidez negro sobre blanco en el texto de la Ley, sino que se encuentran sobre todo en diversas tonalidades grises. Pero parece que conceptualmente puede intentarse la diferenciación.

B) *El Derecho penal del enemigo como reacción internamente disfuncional: divergencias en la función de la pena*

Cuando se argumenta que los fenómenos frente a los que reacciona el «Derecho penal del enemigo» son peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o que es la autoexclusión de la condición de persona lo que genera una necesidad de procurar una especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos, se ignora, en primer lugar, que la percepción de los riesgos —como es sabido en sociología— es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas[64]. Desde la perspectiva aquí adoptada, también en este caso se da esa dis-

---

[64] Cfr. las consideraciones del propio SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* (nota 2), págs. 32 y ss., acerca de la «sensación social de inseguridad»; cfr. también MENDOZA BUERGO, *Sociedad del riesgo* (nota 2), págs. 30 y ss., ambos con ulteriores referencias.

paridad. Los fenómenos frente a los que reacciona el «Derecho penal del enemigo» no tienen esa especial «peligrosidad terminal» (para la sociedad) que se predica de ellos. Al menos entre los «candidatos» a «enemigos» de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno —ni la «criminalidad organizada», ni las «mafias de las drogas», ni tampoco ETA— que realmente pueda poner en cuestión —en los términos «militares» que se afirman— los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible. Esto es especialmente claro si se compara la dimensión meramente numérica de las lesiones de bienes jurídicos personales sufridas por tales conductas delictivas con otro tipo de infracciones criminales que se cometen de modo masivo y que entran, en cambio, plenamente dentro de la «normalidad». Entonces, ¿qué tienen de especial los fenómenos frente a los cuales responde el «Derecho penal del enemigo»? ¿Qué característica especial explica, en el plano fáctico, que se reaccione de ese modo frente a precisamente esas conductas? ¿Qué función cumple la pena en este ámbito?

La respuesta a esta pregunta está en que se trata de comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión. Pero no en el sentido en el que lo entiende

la concepción antes examinada —en el sentido de un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales—, sino ante todo, como antes se ha adelantado, en un determinado *plano simbólico*[65]. Es sabido que precisamente JAKOBS representa una teoría del delito y del Derecho penal en la que ocupa un lugar preeminente —dicho de modo simplificado, claro está— el entendimiento del fenómeno penal como perteneciente al mundo de lo normativo, de los significados, por contraposición al de las cosas. Desde esta perspectiva, toda infracción criminal supone, como resultado específicamente penal, el quebrantamiento de la norma, entendido éste como la puesta en duda de la vigencia de esa norma: la pena reacciona frente a ese cuestionamiento por medio del delito reafirmando la validez de la norma: prevención general positiva[66]. Pues bien, estos supuestos de conductas de «enemigos» se caracterizan por producir ese quebrantamiento de la norma respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que

---

[65] Cfr. *supra* III.1.B.b). En el lado de la percepción de los «enemigos», por ejemplo GARCÍA SAN PEDRO, Terrorismo: aspectos criminológicos y legales, 1993, págs. 139 y ss., caracteriza al terrorismo como «violencia simbólica»; *vid.* por todos en esta línea SCHEERER, Zukunft des Terrorismus (nota 50), págs. 17 y ss., con ulteriores referencias.

[66] *Vid.* sólo JAKOBS, *AT*², 1/4 y ss.; 2/16, 2/25.a, 25/15, 25/20.

son *especialmente vulnerables*, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual. Así, no parece demasiado aventurado formular varias hipótesis en este sentido: que el punitivismo existente en materia de drogas puede estar relacionado no sólo con las evidentes consecuencias sociales negativas de su consumo, sino también con la escasa fundamentación axiológica y efectividad de las políticas contra el consumo de drogas en las sociedades occidentales; que la «criminalidad organizada», en aquellos países en los que existe como realidad significativa, causa perjuicios a la sociedad en su conjunto, incluyendo también la infiltración de sus organizaciones en el tejido político, de modo que amenaza no sólo a las haciendas u otros bienes personales de los ciudadanos, sino al propio sistema político-institucional; que ETA, finalmente, no sólo mata, hiere y secuestra, sino pone en cuestión un consenso constitucional muy delicado y frágil en lo que se refiere a la organización territorial de España.

Si esto es así, es decir, si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama «Derecho penal del enemigo» está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la res-

puesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial *debe estar en la manifestación de normalidad*, en la negación de la excepcionalidad, es decir, en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal «normal». Así se niega al infractor la capacidad de cuestionar, precisamente, esos elementos esenciales amenazados[67]. Dicho desde la perspectiva del «enemigo», la pretendida autoexclusión de la personalidad por parte de éste —manifestada en la adhesión a la «sociedad» mafiosa en lugar de a la sociedad civil, o en el rechazo de la legitimidad del Estado en su conjunto, tildándolo de «fuerza de ocupación» en el País Vasco— no debe estar a su alcance, puesto que la cualidad de persona es una atribución[68]. Es el Estado quien decide mediante

---

[67] Respecto de las infracciones de terrorismo, señala, por ejemplo, ASÚA BATARRITA (en: ECHANO BASALDÚA [coord.], EM Lidón [nota 56], pág. 47) que «la anatemización indiscriminada de los métodos violentos y de su ideología favorece la tesis de quienes optan por el método del terror, en su propósito de ser identificados y nombrados por sus ideas y no por sus crímenes»; respecto de la «ideología de la normalidad» como base (a veces, sólo nominal) de la regulación española en materia de terrorismo, *vid.* CANCIO MELIÁ, *JpD*, 44 (2002), págs. 23 *y ss.*, con referencias.

[68] Que concretamente en nuestras sociedades (Estados de Derecho actuales) en lo esencial —y, desde luego, en lo que se refiere a su posición en cuanto posibles infractores de

su ordenamiento jurídico quién es ciudadano y cuál es el *status* que tal condición comporta: no cabe admitir apostasías del *status* de ciudadano. La mayor desautorización que puede corresponder a esa defección intentada por el «enemigo» es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor.

Por lo tanto, la cuestión de si puede haber *Derecho* penal del enemigo queda resuelta negativamente. Precisamente desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del Derecho penal con base en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del «enemigo» mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal. Desde esta perspectiva, cabe afirmar que el «Derecho penal» del enemigo jurídico-positivo cumple una función distinta del Derecho penal (del ciudadano): se trata de cosas distintas. El Derecho penal del enemigo prácticamente reconoce, al optar por una reacción estructuralmente

---

normas penales— corresponde a todos los seres humanos en virtud de su condición humana; por ello, no puede haber «exclusión» sin ruptura del sistema.

diversa, excepcional, la competencia normativa (la capacidad de cuestionar la norma) del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores implícita en su tipificación —una forma exacerbada de reproche— da resonancia a sus hechos. En consecuencia, la función del Derecho penal del enemigo probablemente haya que verla en la creación (artificial) de criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión. Esto también se manifiesta en las formulaciones técnicas de los tipos.

C) *El Derecho penal del enemigo como Derecho penal de autor*

Finalmente, corresponde ahora llevar a cabo una brevísima reflexión en torno a la manifestación técnico-jurídica más destacada de la función divergente de la pena del Derecho penal del enemigo: la incompatibilidad del Derecho penal del enemigo con el principio del hecho.

Como es sabido, el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera, así se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como

rechazo de un Derecho penal orientado con base en la «actitud interna» del autor[69]. Si se lleva este punto de partida coherentemente hasta sus últimas consecuencias —mérito que corresponde a JAKOBS[70]—, queda claro que en una sociedad moderna, con buenas razones funcionales, la esfera de intimidad adscrita al ciudadano no puede quedar limitada a los impulsos neuronales —algo más que los pensamientos son libres—. Esto cristaliza en la necesidad estructural de un «hecho» como contenido central del tipo (Derecho penal del hecho en lugar de Derecho penal de autor).

Si se examina, ante este trasfondo —por ejemplo, en el Derecho penal español relativo al terrorismo después de las últimas modificaciones legislativas habidas— la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines

---

[69] *Vid.*, por ejemplo, STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat,* 4.ª edición, 2000, 2/25 y ss.; recientemente, con algo más de detalle, cfr. HIRSCH, en: *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 65. Geburtstag,* 2002, págs. 253 y ss.

[70] La argumentación decisiva está en ZStW, 97 (1985), pág. 761 (como se recordará, se trata del mismo trabajo en el que también se introdujo el concepto de Derecho penal del enemigo); un punto de partida —la normativización del principio del hecho y, con ello, de la noción de esfera privada en este contexto— que, en lo que se alcanza a ver, no ha merecido una gran atención en la discusión alemana.

políticos y colaboración con una organización terrorista[71], difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de autor: mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que «estar ahí» de algún modo, «formar parte» de alguna manera, «ser uno de ellos», aunque sólo sea en espíritu, es suficiente. Sólo así puede explicarse que en el CP español de 1995 —por mencionar un solo ejemplo— se haya introducido la figura del «terrorista individual»[72], una tipificación que no cuadra de ningún modo con la orientación de la regulación española en este sector, estructurada en torno a la especial peligrosidad de las *organizaciones* terroristas.

Esta segunda divergencia es, igual que lo que sucede respecto de la función de la pena que la produce, estructural: no es que haya un cumplimiento mejor o peor del principio del hecho —lo que ocurre en muchos otros ámbitos de «anticipación» de las barreras de punición—, sino que la regulación tiene, desde un principio, una dirección centrada en la identificación de un determinado grupo de sujetos —los «enemigos»— más que en la definición de un «hecho».

---

71 Cfr. respecto de [illegible] tipos individuales el análisis en CANCIO [illegible] 44 (2002), págs. 23 y ss.
72 Cfr. sólo CANCIO MELIÁ, JpD, 44 (2002), págs. 25 y s.